

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Beitrag zur Lehre vom Verkauf des Pfandobjekts.

Von
Herrn D. Platner,
Privatdocenten in Marburg.

Der Pfandgläubiger hat bekanntlich das Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen, wenn sein Pfandschuldner ihn nicht zur gehörigen Zeit bezahlt. Bei der Anwendung dieses Rechts kann der Fall vorkommen, daß der Pfandgläubiger mit einem Dritten den Kaufkontrakt über das Pfand abschließt, beide Parteien also über die Sache und den Preis übereinkommen, aber weder die Sache tradirt noch bezahlt, noch auch, nach geschehener Uebergabe, das Pretium bezahlt oder kreditirt wird. Dies wird zwar bei denjenigen Sachen, welche vom Richter gepfändet und öffentlich versteigert werden, selten geschehen, weil ihre Herausgabe nur gegen gleich baare Zahlung erfolgen soll [1]). Dagegen sind bei Privatpfändern solche Käufe nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts leicht möglich. Da auf diese Fälle weder die Quellen, noch auch die Lehrbücher tiefer eingegangen sind, so will ich versuchen, sie und ihre Wirkungen näher zu erläutern.

Als Regel läßt sich aufstellen, daß der Pfandgläubiger, wenn er nur den Kaufkontrakt über das Pfandobjekt abschließt, sein Pfandrecht behält. Er gibt durch diesen Akt

---

1) l. 15 §. 7. Dig. de re jud., 42. 1. Oportet enim res captas pignori et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic, ut post tempus pecunia solvatur. Siehe auch Bachofen, Pfandrecht. S. 573, Note 2.

nur seinen Willen zu erkennen, das Pfandrecht wirken zu lassen, während dasselbe immer noch fortbesteht. — Hörte mit dem bloßen Abschluß des Kaufkontrakts schon das Pfandrecht auf, so könnte der Pfandgläubiger, vermöge seines Pfandrechts, nur ein einziges Mal einen Kaufkontrakt über dasselbe Pfandobjekt eingehen, während doch sonst derjenige, welcher zum Abschluß eines Kaufkontrakts berechtigt ist, mehrere Kaufverträge über eine und dieselbe Sache, sobald noch keine Tradition erfolgt ist, gültig abschließen kann. Der Verkäufer hat dann beliebig die Wahl Einem unter den Käufern, ohne daß dieser die Sache wieder herausgeben muß, den Kontrakt zu erfüllen, während er den übrigen aus dem Kaufe Berechtigten dafür Ersatz leistet, daß er ihnen den Vertrag nicht gehalten hat. Wenn aber das Pfandrecht, welches die Befugniß zum Verkaufe gibt, in den ersten Kaufkontrakt übergeht, mit dessen Abschluß verschwindet, so kann der Pfandgläubiger nur diesen einen Kaufkontrakt eingehen, er braucht in diesem Falle nicht zu fürchten, daß der Verpfänder nach erfolgter Tradition dem Empfänger das Pfandobjekt entzieht. Denn aus dem Pfandrechte ist dieser Kaufvertrag hervorgegangen, und wie der Verpfänder das Pfandrecht anerkennen mußte, so ist er auch gehalten, seine Folge, den Kontrakt anzuerkennen. Schließt aber der Pfandgläubiger nach dem einen Kaufvertrag noch mehrere über dasselbe Pfandobjekt ab, so bestehen diese zwar an und für sich, weil ich auch über eine fremde Sache einen Kaufvertrag eingehen kann, aber wenn Einer der späteren Käufer die Sache tradirt erhält, so hat der frühere Verpfänder das Recht, von ihm die Sache zu vindiciren. Denn durch den Abschluß des ersten Vertrags ist das Pfandrecht verschwunden. Dem Pfandgläubiger fehlt also die zum Abschluß des neuen Kaufkontrakts nothwendige Voraussetzung, die Quelle seines Rechts, einen solchen gültig einzugehen, sein Pfandrecht. Er hat ebenso wenig, wie ein beliebiger Dritter, ein Recht, eine ihm fremde Sache gültig zu verkaufen, und der frühere Verpfänder braucht

daher diesen späteren Vertrag über sein Eigenthum nicht zu billigen.

Da nun eine solche Wirkung des ersten Kaufvertrags in den Quellen nirgends angedeutet wird, und auch den sonstigen allgemeinen Regeln widerspricht, so ist der Pfandgläubiger berechtigt, nicht einen, sondern mehrere Kaufverträge über ein und dasselbe Pfandobjekt einzugehen. Folglich bleibt auch sein Pfandrecht beim bloßen Abschluß eines Vertrags bestehen. Dieser erscheint nur als ein Mittel, um dasjenige vorzubereiten, was die Verpfändung dem Gläubiger sichern sollte, nämlich die Bezahlung seiner Forderung, welche er gegen den Pfandschuldner hatte. Der Kaufvertrag ist nur ein Ausfluß, nicht das Wesen, die Substanz des Pfandrechtes. Aus diesem Grunde ist die Ansicht derjenigen unrichtig, welche behaupten, der Charakter des Pfandrechts bestände in dem Rechte, das Pfandobjekt zu verkaufen, um sich aus dem Pretium bezahlt zu machen. Denn wäre diese Meinung richtig, so müßte bereits mit dem bloßen Abschluß des Kaufkontrakts, welcher dem Pfandgläubiger die bestimmte Aussicht auf Leistung eines sichern Pretiums gewährt, das Pfandrecht erlöschen. Auch kann nur unter der Voraussetzung, daß das Pfandrecht fortdaure, der Pfandgläubiger, wenn er sich nicht im Besitz des Pfandobjekts befindet, dem Käufer sofort die Sache, und somit sich zugleich die Tilgung seiner Forderung verschaffen. Besitzt nämlich ein Dritter die Sache, und mit Abschluß des Kaufkontrakts wäre das Pfandrecht aufgehoben, so bliebe dieser ungestört in seinem Besitz. Der Verkäufer hätte, weil sein Pfandrecht aufhörte, gegen ihn keine actio hypothecaria auf Herausgabe, und der Käufer könnte, weil ihm nur eine persönliche Klage gegen den Verkäufer zusteht, noch viel weniger den Dritten wegen der Sache belangen. Nur auf indirekte Weise ist dann die Möglichkeit gegeben, den Besitz zu bekommen.

Nimmt man nämlich an, der Pfandgläubiger erscheine beim Verkauf als Mandatar des Verpfänders, so erwirbt

er als solcher nur eine actio mandati contraria auf Ueberlieferung der Sache gegen seinen Mandanten, ihren Eigenthümer, und der Käufer hat nach dem späteren Recht aus dem Vertrag mit dem Mandatar gegen dessen Mandanten eine actio utilis emti auf Tradition. Aus diesen Gründen muß dem Pfandgläubiger beim bloßen Abschluß des Kaufvertrags sein Pfandrecht bestehen bleiben, was ja auch mit Nothwendigkeit aus seiner Verpflichtung, dem Käufer die hypothekarische Klage zu cediren, folgt[2]).

Wenn dagegen der Käufer, obgleich weder das Pretium gezahlt, noch verbürgt, noch kreditirt ist, das Pfandobjekt tradirt erhält, so bleibt zwar das Pfandrecht des Verkäufers bestehen, aber seine Pfandklage auf Herausgabe der Sache ist unwirksam. Dies erhellt argumento a contrario aus lex 4 §. 1. Dig. quib. m. 20, 6.[3]). Hier sagt nämlich Ulpian ausdrücklich, daß nur dann, wenn der Verkäufer, bei Tradition der Sache an den Käufer, sich ausdrücklich bis zur Zahlung des Pretiums sein Pfandrecht vorbehalte, ihm die Exception nicht schade. Diese letztere

---

2) Siehe auch Bachofen, Pfandrecht. S. 573.

3) l. 4 §. 1. Ulpian Lib. 73, ad Edictum. — Sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satis fiat, dicendum erit, exceptionem ei non nocere.

Bachofens Erklärung in seinem Pfandrecht, S. 572—573, stimmt in Bezug auf die Wirkungen mit dieser Erklärung überein; er sagt nämlich: die exceptio sei die exceptio: si non ipse vel is cui successit, venum dedit. Dagegen bezieht er bei den Worten nisi ei satisfiat, das satisfieri nicht auf die Bezahlung des Kaufpretiums, sondern auf die Leistung der Forderung, welche der Pfandgläubiger gegen den Verpfänder hatte. Die Pfandklage soll also so lange, als bis der Verpfänder seine Schuld an den Pfandgläubiger bezahlt hat, dauern, wenn gleich der Käufer sein Pretium leistete. Der Vorbehalt des Pfandrechts könnte hier nur dann, wenn die Schuldforderung den Betrag des Kaufpretiums übersteigt, und zugleich das Pfandobjekt unter seinem wahren Werth verkauft wurde, für den Pfandgläubiger vortheilhaft sein. Da nun kein Wort auf diesen speciellen Fall hindeutet, so muß man das satisfiat auf die Bezahlung des Kaufpretiums beziehen, und also annehmen, daß das Pfandrecht bis zu dessen Zahlung fortdauern soll.

kann keine andere, als die exceptio rei traditae et venditae sein. Denn besäße der Verkäufer noch das Kaufobjekt, so bedürfte er die Vorbehaltung seines Pfandrechts nicht, um das Pretium zu erlangen, weil er dann nicht eher, als bis ihm der Kaufpreis bezahlt worden, die Sache an den Käufer herauszugeben brauchte. Die Worte: exceptionem non nocere zeigen zugleich, daß die bloße Uebergabe der Pfandsache nicht das Pfandrecht ipso jure aufhebt. Wenn dagegen der Pfandgläubiger, ohne sein Pfandrecht bis zur Zahlung des Pretiums sich vorzubehalten, die Sache dem Käufer überliefert, so bleibt zwar auch hier sein Pfandrecht bestehen, aber seine Pfandklage wird mit Recht durch die exceptio rei traditae et venditae wirkungslos gemacht. Denn da er freiwillig, ohne Bezahlung oder sonstige Sicherheit zu erhalten, die Sache übergibt, so trägt er gleichsam die Verpflichtung der Pfandsache auf die Person des Käufers über, und während ihm früher die Erstere für die Bezahlung seiner Forderung gegen den Verpfänder Sicherheit leistete, so sichert ihn jetzt, nach seinem eigenen Wunsche, der Letztere.

Daß dagegen beim bloßen Kaufkontrakt das Pfandrecht wirksam fortbesteht, sagt die l. 13 Dig. de dist. pig. 20, 5.[4]). Westphal (Versuch des Pfandrechts, §. 219, Note 243) behauptet zwar, diese Stelle handle, wie der Zusammenhang lehre, von einer Besitzübertragung und Cession des Pfandgläubigers an den Verpfänder. Aber dieser Ansicht scheint die ganze Fassung der Stelle zu widersprechen. Paulus redet hier von den Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers, welche für ihn beim Verkauf des Pfandobjekts eintreten. Da keine bestimmte Person genannt wird, welcher diese Verbindlichkeit erfüllt werden sollen, so streitet die Präsumtion dafür, daß man hier an die Person des Käu-

---

4) Paulus lib. prim. Decr. Creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

fers zu denken hat. Der Verpfänder nun kann nicht Käufer sein, weil Niemand seine eigene Sache zu kaufen fähig ist, folglich muß man, wie auch aus den Worten tradere possessionem hervorgeht, einen Dritten, nicht den Verpfänder, als Käufer annehmen. Die Tradition ist für den Verpfänder, weil ihm die actio publiciana oder die rei vindicatio von einem Jeden direkt den Besitz der Sache verschafft, nicht nothwendig, während ein Dritter, wenn er die Sache kauft, da er nur vom Verkäufer mit der actio emti, höchstens mit der actio emti utilis vom Verpfänder wegen des pactum de vendendo die Tradition der Sache erlangen kann, ein großes Interesse hat, daß ihm die Sache sofort tradirt wird. Aus dem Gegensatz des ersten Theils unserer Stelle, welcher bis an die Worte et si geht, mit dem nachfolgenden „et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem", ergibt sich, daß der erste Theil auf den Fall, wo der Verkäufer das verkaufte Pfandobjekt nicht besitzt, sich bezieht. Die Cession seines Rechts an den Käufer soll diesem die Macht geben, sich den Besitz zu verschaffen. Dieses kann er aber nur mit der actio hypothecaria. Folglich verbleibt dem Pfandgläubiger beim Verkauf, wenn keine Tradition erfolgt, sein Pfandrecht. Für diese Meinung streitet auch die lex Cod. de dis. pig. 8, 27.[5]). Hier sagt Diocletian ausdrücklich, daß dem Käufer von verpfändeten Sklaven nur dann, wenn sie nach der Tradition entfliehen, eine dingliche Klage, die rei vindicatio, auf ihre Herausgabe zustehe, während die actio hypothecaria vor der Tradition dem Verkäufer zukomme. Dieser Behauptung scheint Ulpian in der erwähnten lex 4 §. 1. Dig. quib. mod. pig. u. hyp. sol. 20, 6.[6]) zu wider-

5) Imp. Diocletianus et Maximinian. Cyrillo. Obligatis pignori mancipiis, a creditore distractis ac traditis, si post debitor quondam sollicitaverit haec, non venditori, sed emtori contra possidentem in rem competit actio. Siehe auch Westphal Pfandrecht §. 209.

6) Ulpian. libro LXXIII. ad Edictum. Sed si ipse vendiderit cre-

sprechen. Er sagt: verkauft der Pfandgläubiger das Pfandobjekt, so bleibt sein Pfandrecht, wenn er sich vorbehält, daß solches so lange daure, als bis er Zahlung vom Käufer erhalten hat, noch bestehen. Da nun das Wort vendere sowohl den bloßen Abschluß, als auch die Vollziehung des Kaufvertrags bezeichnet, so könnte man aus dieser Stelle argumento a contrario schließen, daß wenn der Pfandgläubiger, ohne einen solchen Nebenvertrag, über den Kaufkontrakt übereinkommt, das Pfandrecht verloren geht. Diese Schlußfolgerung lassen jedoch die Worte nicht zu non nocere creditori exceptionem, mit welchen Ulpian andeutet, daß das Pfandrecht, wenn ein solcher Nebenvertrag eingegangen ist, bestehen bleibt. Diese exceptio ist nämlich keine andere, als die exceptio rei traditae et venditae, sie beweist, daß nicht allein der Kauf abgeschlossen, sondern auch erfüllt wurde. Daher findet sich kein Widerspruch zwischen dieser und den früher erwähnten Stellen.

Wie beim bloßen Abschluß des Kaufkontrakts über das Pfandobjekt der Pfandgläubiger sein Pfandrecht behält, so bleibt auch in diesem Fall dem Verpfänder sein Eigenthumsrecht bestehen. Während also die Rechtsverhältnisse von beiden sich nicht zu ändern scheinen, treten jedoch mehrere Veränderungen ein. Der Pfandgläubiger behält, ehe der Käufer ihn bezahlt, neben seinem Pfandrecht auch seine persönliche Klage gegen den Verpfänder[7]. Er ist also an und für sich berechtigt, auch nach Abschluß des Kaufvertrags von ihm die Bezahlung seiner Schuld zu verlangen. Aber der Verpfänder wird mit Recht einwenden, daß der Pfandgläubiger sich zunächst aus dem Kaufe bezahlt mache. Zwar konnte vor Abschluß des Vertrags der Letztere nicht zum Verkauf der Sache gezwungen werden. Der Verpfänder war also dann, wenn er auf Zahlung belangt wurde, nicht

---

ditor, sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit, exceptionem ei non nocere.

7) l. 26. Dig. de solut. 46, 3.

zu dem Einwand berechtigt: der Pfandgläubiger müsse das Pfand verkaufen, um mit dessen Erlös die Forderung zu tilgen [8]).

Aber durch den Abschluß des Kaufes hat der Pfandgläubiger seine Absicht erklärt, die Bezahlung seiner Forderung zunächst nicht von dem Verpfänder, sondern von dem Käufer zu nehmen. Der Käufer erbietet sich gleichsam, ohne solches wirklich zu beabsichtigen, durch Bestimmung eines Pretiums stillschweigend die Forderung des Verkäufers an den Verpfänder zu zahlen, er vertritt hier gewissermaßen die Stelle eines Fremden, welcher für den ursprünglichen Schuldner sich zur Zahlung anträgt. Der Pfandgläubiger ist daher, ehe er gegen den Verpfänder auf Zahlung klagt, verpflichtet, den Käufer zur Leistung des Pretiums aufzuforderu, und ihm die Sache zu tradiren. Diese Ansicht bestätigt auch l. 9. pr. Dig. de dist. pig. 20, 5. [9]).

In dieser Stelle wurde die Frage gestellt, ob der Verpfänder, wenn der Verkäufer das Pretium nicht erhält, seine ursprüngliche Schuld an den Letztern zu zahlen braucht. Paulus spricht ihn in dem Falle, daß der Pfandgläubiger durch seine eigene Schuld das Pretium nicht erlangt, von der Bezahlung los und ledig. Folglich war der Pfandgläubiger, ehe er vom Verpfänder Zahlung einklagte, verbunden, von dem Käufer das Pretium zu fordern. Denn nur unter Voraussetzung dieser Verbindlichkeit war dem Verpfänder die Möglichkeit eröffnet, von seiner Schuld, ohnr daß er selbst zahlte, befreit zu werden. Der Pfandgläubiger mußte nicht allein etwa einmal von dem Käufer

8) l. 6. Dig. de pig. act. 13, 7. l. 15 §. 5. Dig. de re jud. 42, 1. l. 51 §. 3. Dig. de fidej. 46, 1.

9) l. 9. Paulus libro III. Quaestionum. Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

Zahlung fordern, sondern er war gehalten omnem diligentiam aufzubieten, um das Pretium von ihm zu bekommen. Erst dann, wenn alle Mittel und Wege ohne seine eigene Nachlässigkeit nicht ausreichten, um solche von ihm zu verschaffen, konnte er mit Erfolg gegen seinen ursprünglichen Schuldner, den Verpfänder, welcher schon durch den Verlust des Kaufobjekts, was sein Eigenthum war, Schaden erlitt, noch klagen.

Bezahlt der Verpfänder auf Verlangen des Pfandgläubigers, welcher bereits den Kauf über das Pfandobjekt abgeschlossen hat, so entsteht die wichtige Frage, ist der Verpfänder gehalten, den Kaufkontrakt über sein Eigenthum anzuerkennen, oder erlangt er über dasselbe wieder volle freie Gewalt. Hatte vor der Zahlung der Pfandgläubiger bereits etwa dem Käufer die Sache tradirt, so hörte das Eigenthum des Verpfänders auf[10], weil das Pfandrecht, welches zur Tradition berechtigte, noch vor der Ueberlieferung bestand, folglich der Verpfänder den Kauf anerkennen mußte. Schwieriger erscheint der Fall, wenn der Pfandgläubiger vor der Tradition an den Käufer Zahlung vom Verpfänder erlangt, und darauf die Sache dem Käufer tradirt. Mit diesem Fall steht auch die Frage in Verbindung, ob der Verpfänder, wenn er nach Abschluß des Kaufes seine Schuld an den Pfandgläubiger zahlt, das Pfandobjekt an den Käufer, beziehungsweise an den Verkäufer, noch herauszugeben gehalten ist.

Hier müssen wir uns das Verhältniß zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger und den Zweck des Pfandrechts vergegenwärtigen. Der Pfandgläubiger erhält das Pfandrecht zur Sicherheit seiner Forderung. Der Verpfänder, wenn er nicht zur gehörigen Zeit bezahlt, willigt stillschweigend ein, daß sein Gläubiger das Pfandobjekt verkaufe, und sich aus dessen Erlös bezahlt macht. Der Letztere hat das Recht, den Kauf nach seiner Willkür abzu-

---

10) l. 19. Dig. de con. emt. 18, 1.

schließen, er kann beliebig einzelne Nebenverträge, Zeit, Ort, Bedingungen festsetzen, die Fälle bestimmen, in welchen der Kauf rückgängig werden soll. Nur muß er in allen diesen Verhältnissen sich bona fide geriren und die Sache so hoch als möglich verkaufen [11]. In dieser Beziehung sagt man, er handle beim Verkauf wie ein Prokurator des Verpfänders [12]. Mit diesen Worten wird aber nicht der Satz aufgestellt, der Pfandgläubiger habe, wie ein wirklicher Mandatar von dem Verpfänder, den ausdrücklichen Auftrag, die Sache zu veräußern. Denn der Pfandgläubiger kann auf keine Weise rechtlich gezwungen werden, die Sache zu veräußern. Zwar findet freilich insofern ein Zwang Statt, als sein Schuldner ihn nicht bezahlt [13], aber dieser Zwang legt ihm keine rechtliche Verbindlichkeit auf, sondern ist nur ein Zwang seines eigenen Interesses. Er verkauft von freien Stücken, kraft eigenen Rechts; die Worte der lex 42 „creditor ex facto suum gerit negotium" [14] sagen, er verfolgt nicht allein faktisch, sondern auch juristisch beim Verkauf sein Interesse [15]. Der Abschluß des Kaufvertrags soll ihm Sicherheit für die Bezahlung seiner Forderung gegen den Verpfänder gewähren. Verlangt er daher nach dessen Abschluß, ohne den Käufer zur Leistung des Pretiums aufzufordern, ohne von ihm durch Uebergabe der Sache die Bezahlung zu erzwingen, von dem Verpfänder Zahlung, und erhält sie, so ist der Zweck des Kaufvertrags für den Pfandgläubiger erfüllt, und zugleich sein Pfandrecht verschwunden. Wenn daher der frühere Verpfänder im Besitze des früheren Pfandobjekts ist, so kann

---

11) l. 4, 9. Cod. de dist. p. 8, 27. Sintenis Pfandrecht. §. 54. S. 514.

12) l. 29. Dig. fam. herc. 10, 2. . . . . quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset.

13) l. 9. p. Dig. de dist. pig. 20, 5.

14) l. 42. Dig. de pig. act. 13, 7.

15) Siehe dagegen Sintenis, Pfandrecht §. 27 S. 242. §. 54 S. 513. Siehe auch Bachofen, Pfandrecht. S. 196 ff.

der frühere Pfandgläubiger, nach Verlust seines Pfandrechts, nicht mehr mit der actio hypothecaria ihre Herausgabe erlangen, die einzige Klage, welche möglicherweise zu ihrer Ueberlieferung an den Käufer führen könnte, wäre etwa vielleicht die actio mandati contraria gegen ihren Eigenthümer, weil mit seiner Einwilligung der Kaufkontrakt abgeschlossen wurde. In diesem Falle hätte nach dem späteren Recht auch der Käufer ein actio utilis emti gegen den früheren Verpfänder auf Erfüllung des Kaufs. Aber beide Klagen sind unzulässig. Denn da der Pfandgläubiger freiwillig, ohne vom Käufer durch Verweigerung des Pretiums gezwungen zu werden, vom Verpfänder Zahlung fordert und erhält, so widerruft er ihm gegenüber stillschweigend den Kaufkontrakt, welcher zunächst nur in seinem, des Pfandgläubigers, Interesse zu Stande kam, nicht im Auftrage des Verpfänders abgeschlossen wurde. Der Verpfänder ist daher nicht verpflichtet, den Kaufkontrakt für sich gelten zu lassen, denn er hat selbst bezahlt, was der Käufer zunächst bezahlen sollte. Wenn daher der Pfandgläubiger bei Annahme der Zahlung vom Verpfänder nicht ausdrücklich erklärt, daß er diese nur unter der Voraussetzung, daß der Verpfänder den Kaufkontrakt erfülle oder die Erfüllung zulasse, acceptire, so muß er auch die Folgen seines Widerrufs, die Folgen seines erloschenen Pfandrechts, tragen, und dem Käufer das Interesse für die Nichterfüllung des Kaufs leisten. — Wenn der Verpfänder nach bloßem Abschluß des Kaufvertrags, sogar ohne Aufforderung des Pfandgläubigers, ihm Zahlung anbietet, und er sie annimmt, so ist der Letztere ebenfalls gehalten, dem Käufer das Interesse aus dem Kauf zu leisten, während der Verpfänder diesen nicht anzuerkennen und seine Sache zu tradiren braucht. Denn nach abgeschlossenem Vertrag war der Letztere, weil er trotz der geschehenen Denuntiation den Kauf zuließ, gar nicht mehr berechtigt, seine Schuld an den Pfandgläubiger zu bezahlen, und auf diese Weise den Kauf zu rescindiren. Dieses wird in mehreren Stellen

ausdrücklich hervorgehoben[16]), was nicht würde geschehen sein, wenn der Verpfänder selbst in dem Fall, wenn die Zahlung angenommen wird, dennoch den Kauf anerkennen müßte. Denn dann hätte die Zahlung seiner Schuld vor Erfüllung des Kaufs für ihn gar keinen Vortheil, er würde sich also auch nicht bemühen seine Schuld zu leisten. Denn sowohl nach wie vor der Zahlung sähe er sich gezwungen, seine Sache dem Käufer zu überlassen. Da nun der Pfandgläubiger, durch Annahme der Zahlung vom Verpfänder, stillschweigend das pactum de vendendo verliert, so ist der Kaufvertrag für den Verpfänder, den Eigenthümer des Kaufobjekts, unverbindlich, und der frühere Pfandgläubiger muß, weil durch seine Schuld der Kauf nicht giltig ist, auch in diesem Falle den Käufer entschädigen.

Wie nach abgeschlossenen Kaufvertrag der vorstehende Pfandgläubiger sein Pfandrecht behält, so verbleibt auch dieses dem nachstehenden. Zwar scheint l. 1. Cod. si an. credit.[17]) diese Behauptung nicht anzuerkennen. Denn der Ausdruck „vendidisset" in dieser Stelle kann an und für sich auch den bloßen Abschluß des Vertrags bedeuten. Jedoch bezeichnet hier dieses Wort, wie die folgenden Sätze, in welchen ebenfalls der Ausdruck „vendere" vorkommt, deutlich angeben, die wirkliche Vollziehung des Kontrakts. Diese Sätze handeln nämlich von dem jus offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers, wenn der Verpfänder an den vorgehenden das Pfandobjekt verkauft. Hier wird ausdrücklich gesagt, daß der Nachstehende die Sache erlangen

---

16) l. 2. Cod. si ant. cred. 8, 20. l. 7 §. 1. Dig. de dist. pig. 20, 5.

17) l. 1. C. 8, 20. Imp. Alexander. Si vendidisset qui ante pignus accepit, persecutio hypothecaria superesse non posset. Quum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est obtuleris.

kann „si eidem possessori“, d. h. dem besitzenden Käufer, dem besseren Pfandgläubiger, das Kaufpretium zahlt. Dieser Besitz setzt aber voraus, daß dem Käufer schon die Sache tradirt ist. Während also der bloße Kaufvertrag, welcher nur persönliche Verpflichtungen zwischen dem Käufer und Verkäufer festsetzt, an den Verhältnissen der Pfandsache des Kaufobjekts nichts ändert, verliert dagegen der nachstehende Pfandgläubiger durch den Abschluß sein jus offerendi an den vorstehenden [18]).

Der nachstehende Pfandgläubiger erhält die Befugniß, seinem Vorgänger gegenüber die Rechte des Schuldners auszuüben. Wie nun nach abgeschlossenem Kauf der Verpfänder nicht mehr gegen den Willen des Verkäufers durch Zahlung seiner Schuld das Recht hat, den Kaufkontrakt aufzuheben, so ist auch der nachstehende Pfandgläubiger gleichsam als Substitut des Verpfänders hierzu nicht berechtigt. Dieser Verlust entspricht den Verbindlichkeiten, welche der Verkäufer dem Käufer gegenüber übernimmt. Er muß dafür einstehen, daß er potiorem esse ceteris creditoribus, d. h. daß er kraft seines Pfandrechts zum Verkauf befugt ist, und daß kein anderer Pfandgläubiger diesen durch sein Pfandrecht aufheben könne. Diese Verbindlichkeit wäre er aber nicht im Stande zu erfüllen, wenn der nachstehende durch Ausübung des jus offerendi die Macht hätte, den Kauf aufzulösen. Nimmt er aber die Bezahlung seiner Forderung gegen den Verpfänder vom nachstehenden an, so ist er mit Recht verbunden, wenn der Letztere den Kauf nicht anerkennt, dem Käufer das Interesse wegen Nichterfüllung des Kontrakts zu leisten. — In Bezug auf die Rechte des Verpfänders an dem Pfandobjekt nach abgeschlossenem Kauf gilt als Regel, daß er zwar an dem Kaufobjekt sein Eigenthum vor der Tradition behält, aber dieses in gewissen Beziehungen von der Zeit des Kaufvertrags an ruht. — Er ist von nun an ver-

18) l. 3. p. Dig. de dist. 20, 5.

pflichtet, Alles zu unterlassen, was dem Verkäufer, gegen dessen Willen, die Vollziehung des Kaufs hindern könnte, wie schon aus der Bestimmung, daß ihm nicht mehr das Recht zusteht, durch Zahlung seiner Schuld den Kauf unwirksam zu machen, hervorgeht. Wenn er vor dem Kauf Pfandrechte, welche dem des anfänglich ersten Pfandgläubigers vorgehen, an demselben Pfandobjekt bestellt, so macht er sich eines Betrugs oder des Stellionats schuldig[19]), und die Pfandrechte sind wirksam. Konstituirt er aber nach Abschluß des Kaufvertrags Pfandrechte, welche dem des Verkäufers, welcher noch nicht tradirt hat, vorgehen, so sind diese dem des Verkäufers gegenüber unwirksam. Der Pfandgläubiger muß, wenn er das Privatpfand verkaufen will, erst den Verpfänder von seiner Absicht benachrichtigen, und dann noch eine geraume Zeit, in der der Verpfänder seine Pfandsache durch Zahlung seiner Schuld vom Pfandrecht befreien kann, warten. Erst nach dem Ablauf dieser Zeit ist der Pfandgläubiger zum Verkauf berechtigt. Sind nun einmal lange Zeiträume dem Verpfänder zur Auslösung seines Pfands gegeben, und löst er dennoch sein Pfand nicht, so liegt hierin stillschweigend die Erklärung an den Pfandgläubiger, er solle nur getrost verkaufen, der Verpfänder verzichte auf Alles, wodurch er den Kauf hindern könnte. Bestellt er nun Pfandrechte, welche vermöge ihres Vorzugs vor dem des Verkäufers ihrem Inhaber das Recht geben, dem verkaufenden Pfandgläubiger durch Entziehung der Pfandsache die Befriedigung seiner Forderung aus dem Kaufpretium zu vereiteln, so sind diese Pfandrechte, wegen des stillschweigenden Verzichts des Verpfänders auf das Recht, solche Pfandrechte, welche den Zweck des Verkaufs hindern, zu bestellen, ungiltig. Denn sonst könnten die neuen Pfandgläubiger die Sache dem Käufer, wenn er sie später erhält, entziehen, und der Verkäufer sähe sich immer der Gefahr ausgesetzt, dem Käufer das Interesse

19) Sintenis, Pfandrecht. §. 27. S. 250. 251.

zu prästiren, weil er nicht die Verpflichtung potiorem se esse ceteris creditoribus auszuführen im Stande war. Aus demselben Grunde können diejenigen gesetzlich privilegirten Pfandrechte, welche durch gewisse Handlungen des Verpfänders nach abgeschlossenem Kauf entstehen, wie das der Ehefrau wegen der dos bei Eingehung der Ehe, oder das des fiscus wegen der rückständigen Steuern sich nicht auf das Kaufobjekt zurück beziehen, obgleich vor Abschluß diese Pfandrechte das ganze Vermögen umfaßten. Diejenigen Pfandrechte dagegen, welche dem des Verkäufers nachstehen, kann der Verpfänder, nach abgeschlossenem Vertrage, ohne Protest vom Verkäufer fürchten zu müssen, beliebig bestellen. Denn da sie nachstehen, so sind ihre Inhaber, nach Abschluß des Vertrags, nicht mehr zum jus offerendi berechtigt, und nach seiner Vollziehung erlischt ihr Pfandrecht.

In Bezug auf die Bestellung von Servituten, Renten oder sonstigen Lasten an dem Pfandobjekt gilt Folgendes als Regel. Hat der Verpfänder vor Abschluß des Vertrags dergleichen Lasten errichtet, so entscheidet über ihre Zulässigkeit der Grundsatz, daß sie selbst wider Willen des Pfandgläubigers bestehen bleiben, wenn sie den Werth der Pfandsache nicht so bedeutend schmälern, daß das Kaufpretium unzureichend ist, um die Forderung des Pfandgläubigers zu decken. Vermindern sie aber den Werth der Sache in dem Umfang, daß das Pretium nicht ausreicht, so braucht sich dieselben der Pfandgläubiger, weil sonst der Zweck des Pfandrechtes, ihn sicher zu stellen, beliebig vom Verpfänder vereitelt werden könnte, nicht gefallen zu lassen[20]).

Hatte der Verpfänder den Pfandgläubiger von diesen Lasten benachrichtigt, und theilt sie der Letztere bei Abschluß des Kaufkontrakts dem Käufer mit, so enthält dieses ihre stillschweigende Anerkennung von dem Verkäufer. Denn da der Käufer natürlich wegen dieser Belästigungen einen ge-

20) Sintenis, Pfandrecht. §. 58. S. 545.

ringeren Preis bietet, diesen Preis aber der Pfandgläubiger annimmt, so betrachtet der Letztere diese Lasten als zur Sache gehörig und billigt sie. Unterläßt dagegen der Pfandgläubiger, von den ihm bekannten Lasten den Käufer zu benachrichtigen, so macht er sich eines Betrugs schuldig, für welchen er allein dem Käufer einstehen muß [21]). Denn da der Verpfänder die Servituten und Renten, zu deren Errichtung er vor Abschluß des Vertrags an und für sich berechtigt war, zur gehörigen Zeit ihm angab, so konnte er sie beliebig annehmen oder verwerfen. Da er den Kaufkontrakt einging, ohne sich gegen sie zu verwahren und ohne sie, wie ihm seine Pflicht gebot, dem Käufer mitzutheilen, so billigte er sie stillschweigend, und mußte für sie mit Recht dem Käufer einstehen. Werden diese Lasten vor oder nach Abschluß des Vertrags von dem Verpfänder, ohne sie dem Pfandgläubiger mitzutheilen, auf das Kaufobjekt gelegt, so braucht dieser, wenn der Käufer gegen ihn mit der actio quanti minoris oder actio redhibitoria klagt, dieselben nicht anzuerkennen, und kann sie aufheben. Hat der Käufer schon gezahlt, so kann er mit der actio emti vom Verkäufer verlangen, daß dieser die Lasten vernichte, weil er sich sonst eines Betrugs gegen ihn schuldig macht [22]). Auch ist der Käufer berechtigt, direkt mit einer actio in factum gegen den Verpfänder zu klagen und diese Lasten für nichtig zu erklären [23]), oder mit einer actio utilis emti ihre Ablösung von dem früheren Eigenthümer, der zum pactum de vendendo einwilligte, zu verlangen [24]).

21) l. 37. l. 39. Dig. de act. qua vend. 19, 1. l. 2. Co. cred. evict. n. d. 8, 46. Vergleiche auch Bachofen, Pfandrecht. S. 568. 569.

22) l. 2. C. l. c.

23) l. 21. Dig. quae in fr. cr. 42, 8.

24) l. 8 §. 1. Dig. de act. em. v. 19, 1. Quod si servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, tu ex emto habebis actionem remittenda ejus servitutis gratia. l. 5. Cod. de ev. 8, 45. Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur.

Die Regel, daß das Pfandrecht durch bloßen Abschluß des Vertrags nicht aufhört, ist von Einfluß auf die Entscheidung der Frage, ob das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger einwilligt, daß der Verpfänder das Pfandobjekt verkauft. Allgemein wird anerkannt, daß das Pfandrecht bei der bloßen Einwilligung zum Verkauf, ohne daß ein Vertrag abgeschlossen wird, bestehen bleibt. Der Abschluß erscheint als die Bedingung, mit deren Eintritt der Verzicht auf das Pfandrecht angenommen wird. So lange daher diese Bedingung noch nicht eingetreten ist, so lange dauert auch das Pfandrecht[25]).

Ist dagen der Kauf abgeschlossen, so soll das Pfandrecht in seiner Wirkung aufhören[26]). Aber selbst in diesem Falle scheinen die Quellen nicht mit absoluter Bestimmtheit zu behaupten, daß das Pfandrecht sofort untergeht. Denn die l. 8 §. 6 quib. mod.[27]), wo behauptet wird, daß der Pfandgläubiger durch Einwilligung in den Verkauf sein Pfandrecht verliert, sagt nicht allgemein, „si debitor distraxerit“, sondern „si effectus sit secutus venditionis“, wenn der Kauf ausgeführt und gezahlt worden ist. In ähnlicher Weise bestimmt l. 2. Cod. de remis. pig. 8, 26.[28]), daß nur dann, wenn das Pfandobjekt verkauft und tradirt wird, das Pfandrecht keine giltige Wirksamkeit mehr hat. Mit dieser Ansicht stimmt auch die l. 11. Cod. eod. titulo, wie dieses die Worte si res ad priorem dominum revertuntur bezeugen, vollkommen überein. Denn

---

25) l. 8. §. 6. Dig. quib. mod. 20, 6.

26) l. c.

27) l. 8. §. 6. qui mod. Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde sibi applicari eum creditor desiderat, si tamen effectus sit secutus venditionis, nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire. Vergl. auch Bachofen, Pfandrecht. S. 572 ff.

28) Si probaveris, te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam sciente et consentiente ea, quae sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis.

das reverti zeigt an, daß der Verpfänder die Pfandsache an den Käufer tradirte, und von diesem erst wieder an den Ersteren zurückkam. Auch sagt Paulus in l. 10. p. D. 20, 6.[29]) ausdrücklich, daß, wenn mit Einwilligung des Pfandgläubigers das Pfandobjekt verkauft ist, alsdann erst, wenn der Käufer die erhaltene Sache nicht an den Verkäufer zurückgibt, der Verzicht auf das Pfandrecht als vollständig anzunehmen ist. Allen diesen Stellen scheint aber die l. 8 §. 12 de d. p.[30]) zu widersprechen. Marcian nämlich beantwortet die Frage, ob das Pfandrecht, wenn der Verpfänder, nachdem der Pfandgläubiger in den Verkauf eingewilligt hat, nur den Vertrag ohne zu tradiren eingeht, bestehen bleibt oder aufhört, mit den Worten „magis est“, d. h. der Verlust des Pfandrechts hat mehr für sich. Er stellt diese Behauptung nicht absolut und so entschieden, sondern sehr vorsichtig und behutsam auf. Dies erklärt sich aus der Art und Weise, wie die Einwilligung zum Verkauf wirkt. Diese hebt nicht, wie die wirkliche Zahlung des Pretiums, wenn der Pfandgläubiger die Sache verkauft, ipso jure dessen Forderung gegen den Verpfänder und dessen Pfandrecht auf[31]), sondern der Verpfänder vernichtet durch die exceptio voluntate creditoris venditionem factam esse die Wirksamkeit des nicht ausdrücklich

---

29) Paulus, libro III. Quaestionum. — Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, et postea placuit inter eum et emtorem, ut a venditione discederent jus pignorum salvum erit creditori. Nam sicut debitori, ita et creditori jus pristinum restituitur, neque omnimodo creditor pignus remittit, sed ita demum si emtor rem retineat, nec reddat venditori. —

30) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. l. 8. §. 12. Si debitor vendiderit rem, nec tradiderit, an non repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris an vero quum teneatur exemto pignus extinguatur? Quod et magis est, sed quid, si pretium venditor consecutus non sit, nec paratus sit emtor dare. Tantundem potest dici. Glück's Erläuterung der Pandekten. XIX. Bd. S. 423. 8.

31) l. 26. Dig. de solut. 46, 3.

aufgehobenen Pfandrechtes [32]). So sehr diese Einrede begründet erscheint, so kann sie aber vom Pfandgläubiger entkräftet werden, durch die Replik, er habe zwar seine Einwilligung zum Verkauf gegeben, aber diese Zustimmung, wenn sie die Wirksamkeit des Pfandrechts aufheben solle, setze voraus, daß der Kaufkontrakt erfüllt werde und bleibe. Da dieses noch nicht geschehen sei, so bestehe auch sein Pfandrecht fort [33]), indem der Verpfänder den Kauf nicht zu erfüllen beabsichtige. Freilich wird in den meisten Fällen der Beweis, daß der Verpfänder, wenn er bereits den Kaufkontrakt abgeschlossen hat, doloserweise die Vollziehung des Kaufs verhindere, vom Pfandgläubiger schwer erbracht werden können. Daher schon beim bloßen Abschluß des Kaufs, weil vorauszusetzen ist, daß dieser auch erfüllt werde, die gewöhnliche Vermuthung für den Verlust des Pfandrechts streitet, obgleich hierdurch nicht der Beweis des Gegentheils ausgeschlossen wird.

Uebrigens scheint diese Frage, ob durch Einwilligung des Pfandgläubigers zum Verkauf des Pfandobjekts vom Verpfänder sein Pfandrecht ipso jure oder ope exceptionis aufhöre, nach einer Verordnung Justinian's, unter den römischen Juristen selbst streitig gewesen zu sein [34]). Diese Verordnung bezieht sich auf folgenden Fall. Jemand hatte

---

32) l. 8. §. 9. Dig. q. m. 20, 6.

33) l. 8. §. 6. Dig. q. m. p. 20, 6.

34) In c. 11. Cod. de remis. pignor. Imperat. Justinianus. A. Joanni P. P. — — Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae postea a debitoribus venduntur vel alio modo transferuntur creditore suum consensum contractui praebente, et quodam legitimo postea modo ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus, jus pignoris creditori renovari propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est; aliis penitus exstingui. Nobis autem visum est, eum qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo jus suum respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam vindicare vel tenentem inquietare.

sein ganzes Vermögen verpfändet, und darauf mit Einwilligung des Pfandgläubigers eine Sache veräußert; diese Sache bekam er später auf rechtmäßige Weise wieder in Besitz. Jetzt entstand die Frage, erstreckt sich auch auf diese Sache das Pfandrecht, welches dem Pfandgläubiger am ganzen übrigen Vermögen des Inhabers dieser Sache zusteht? Dies wurde von den Juristen verschieden beantwortet. Einige sagten, das Pfandrecht wird erneuert, ist also nicht gänzlich erloschen, bezieht sich auf diese Sache, denn die Verpfändung des ganzen Vermögens erstreckt sich auch auf alles zukünftige Vermögen; es ist von keinem Einfluß, daß in den Verkauf früher der Pfandgläubiger einwilligte, sein Pfandrecht lebt wieder auf, sobald die Sache wieder in seinen Besitz gerieth. Andere dagegen behaupteten, daß durch die zum Verkauf gegebene Einwilligung das Pfandrecht, in Bezug auf diese Sache, von Grund aus erloschen sei (penitus extingui) und daher nicht wieder eintrete. Wenn hier also behauptet wird, daß das Pfandrecht, obgleich doch die Pfändung sich auch auf das ganze zukünftige Vermögen erstreckt, gänzlich erlösche, so müssen die Anhänger dieser Meinung, wenn nicht ein Pfandrecht auf das zukünftige Vermögen, sondern nur auf eine einzelne gegenwärtige Sache vorliegt, und diese, nachdem sie mit Einwilligung des Verpfänders verkauft ist, wieder in die Hände des Verpfänders auf rechtmäßige Weise geräth, noch viel stärker die völlige Vernichtung des Pfandrechts behaupten. Justinian hat, wie er oft bei andern Gelegenheiten verfährt, so auch hier, eine Art von Mittelweg eingeschlagen; er sagt, da der Pfandgläubiger einmal auf sein Pfandrecht, durch Einwilligung in den Kauf, verzichtet hat, so widerspricht es dem sittlichen Recht (indignum esse), daß der Pfandgläubiger den früheren Verpfänder, welcher wieder auf gesetzmäßige Weise den Besitz der bereits verkauften Pfandsache erlangt hat, mit der Pfandklage in seinem Besitze zu stören suche.
